CHAPITRE 6

# LES INTÉRÊTS FONDAMENTAUX DE LA NATION, NOUVEAU CADRE JURIDIQUE DE LA SÉCURITÉ NATIONALE

Le cadre juridique actuel du contre-espionnage et de la protection du secret est issu de toute l'évolution historique que nous avons décrite au chapitre précédent. Mais les textes qui s'appliquent aujourd'hui résulte d'une dernière réforme datant de 1992, qui – en créant le nouveau concept des *« intérêts fondamentaux de la nation »* – a sensiblement modifié la définition du secret de défense et la place qu'il occupait, depuis 1939, dans l'ensemble du dispositif de répression de l'espionnage et de protection de la sécurité nationale.

Cette réforme importante s'est inscrite dans le cadre plus général de la réforme de l'ensemble du Code pénal. À cette occasion, différents services de contre-espionnage avaient fait connaître leur souhait d'une réécriture complète de la partie du Code pénal relative aux crimes et délits contre la sûreté de l'État (telle qu'elle résultait de l'ordonnance du 4 juin 1960) afin que soient mieux prises en compte de nouvelles menaces liées à l'évolution du contexte international [1].

Après de nombreuses années de débats et de travaux, qui faillirent aboutir une première fois en 1985 [2], la réforme d'ensemble du Code pénal a débouché le 22 juillet 1992 par l'adoption de quatre lois [3]. Parmi elles, la loi n° 92-686 comportait le Livre IV du nouveau Code pénal relatif aux *« crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique »*. L'ensemble de ces quatre textes forment désormais le « nouveau Code pénal » (nCP) qui est entré en vigueur – après adoption de sa partie réglementaire – le 1er mars 1994.

Le Livre IV du nouveau Code pénal a donc remplacé intégralement les dispositions du Code antérieur en matière de crimes et délits contre

[1] Cf. « Sûreté de l'État : nouvelles définitions des infractions », *Le Monde*, 7 mars 1985.
[2] Cf. *Le Monde*, *op. cit.*; également Thierry Wolton, *Le KGB en France*, Grasset, 1986, p. 285; Robert Blaser, « Le secret de défense », *Défense nationale*, mars 1990, p. 90.
[3] Lois nos 92-683, 92-684, 92-685 et 92-686 du 22 juillet 1992, *JORF* du 23 juillet 1992.

la sûreté de l'État et introduit dans son premier titre le concept nouveau d'*« atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation »*. C'est dans ce nouveau cadre que l'on retrouve une section entièrement consacrée aux *« atteintes au secret de la défense nationale »* [4].

La définition de cette nouvelle notion pénale a été voulue par le législateur pour permettre, notamment, une protection plus large des différents types d'informations sensibles pouvant mettre en cause les intérêts essentiels de la collectivité nationale. Mais elle s'est également accompagnée d'une nouvelle définition du secret de défense, dont la place dans le dispositif d'ensemble a sensiblement régressé.

## L'ÉLARGISSEMENT DE LA PROTECTION PAR LA DÉFINITION DES « INTÉRÊTS FONDAMENTAUX DE LA NATION »

La rédaction du Livre IV du nouveau Code pénal a donné lieu à un renversement complet de perspective dans laquelle la protection des intérêts fondamentaux de la nation se substitue, le plus souvent, à la protection traditionnelle du secret de défense et s'approprie le bénéfice de nombreuses incriminations pénales qui se référaient jusqu'alors à la notion de secret de défense.

A partir d'une définition très large de ces *« intérêts fondamentaux de la nation »*, qui désignent des objectifs plus vastes que ceux liés à la simple défense nationale, on voit se regrouper autour de ce nouveau concept un ensemble d'infractions, provenant essentiellement de la modernisation d'anciennes dispositions rattachées jusqu'alors à la notion de secret de défense.

### La définition large des « intérêts fondamentaux de la nation »

Le texte finalement adopté par le législateur, qui constitue désormais le titre premier du livre IV du nouveau Code pénal s'intitule : *« Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation »* et va loin dans l'élargissement du champ de la protection des informations sensibles.

Sa principale innovation consiste à introduire dans l'arsenal pénal français, la notion nouvelle d'*« intérêts fondamentaux de la nation »* (notion proche de celle des *« intérêts essentiels de la nation »* envisagé lors de la première tentative de réforme en 1985) qui est définie par l'article 410.1 nCP :

> *« Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des intérêts essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ».*

---

[4] Code pénal, Livre IV, Titre Ier, Chapitre III, section 2 : « Des atteintes au secret de la défense nationale », *JORF* du 23 juillet 1992, pp. 9895 et 9896.

Cette notion – à laquelle la définition de la plupart des infractions se réfère directement ou indirectement – dépasse largement le champ d'application des notions traditionnelles de *« sûreté de l'État »* et de *« défense nationale »* et vise à élargir considérablement les cas dans lesquels un agissement contraire aux intérêts de la collectivité peut être pénalement répréhensible.

On peut identifier, en effet, dans cette énumération qui tient lieu de définition, deux catégories distinctes d'éléments : les uns sont une reformulation de termes déjà protégés par les dispositions pénales relatives à la sûreté de l'État; les autres désignent de nouveaux domaines jusqu'alors non pris en compte (ou très indirectement pris en compte) par le Code pénal antérieur.

Parmi les éléments traditionnels déjà protégés par le Code pénal – et, au-delà par la Constitution elle-même – on peut ranger l'indépendance de la nation, l'intégrité du territoire, les institutions, la forme républicaine des institutions, les moyens de la défense, ceux de la diplomatie, la sauvegarde de la population en France et à l'étranger. Ces domaines sont peu ou prou les domaines dans lesquels la pratique administrative a toujours utilisé l'arme du secret de défense.

À l'opposé, l'équilibre du milieu naturel, les intérêts essentiels du potentiel scientifique et économique national et du patrimoine culturel étaient jusqu'en 1994 uniquement pris en compte par des dispositions civiles ou pénales de droit commun : lois sur la protection de l'environnement, textes sur la propriété industrielle et intellectuelle, loi sur le patrimoine artistique national et sur la sauvegarde des monuments historiques,... L'article 410-1 du nouveau Code pénal les fait donc entrer, pour la première fois, dans le domaine très spécifique des législations pénales d'exception [5].

Le terme de sécurité prête déjà à plus de discussion. Si on le restreint à ce que l'on appelait précédemment la *« sûreté de l'État »*, la sécurité faisait déjà indubitablement partie du domaine protégé par les anciennes dispositions pénales [6]. Mais si l'on donne à ce terme, le sens large et globalisant que la doctrine, les textes étrangers et le droit international contemporain lui attribuent aujourd'hui, il faut y voir plutôt un concept synthétique qui recouvrirait, en quelque sorte, l'ensemble des *« intérêts fondamentaux de la nation »* précédemment énumérés et se substituerait dans le contexte d'aujourd'hui à la notion de défense telle que l'on tentait de la définir au début de la V^e^ République [7].

Si le critère de la sauvegarde de la population vise à mieux incriminer des actes de type terroriste (y compris lorsqu'ils sont commis contre des Français à l'étranger), les trois autres éléments se veulent chacun une

---

[5] S'agissant de l'équilibre du milieu naturel, il faut noter que le nouveau Code Pénal introduit également une incrimination nouvelle relative au « terrorisme écologique » : l'article 421-2.

[6] C'est cette interprétation qui semble avoir été retenue par la Chancellerie dans sa circulaire générale de présentation du nouveau Code pénal, dans laquelle elle cite la sécurité parmi les *« intérêts traditionnels »* (Ministère de la Justice, Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau Code pénal et de la loi n° 92-1336 relative à son entrée en vigueur, *JORF*, octobre 1993, p. 223).

[7] Cf. notamment Bertrand Warusfel, « Les notions de défense et de sécurité en droit français », *Droit et Défense*, n° 94/4, pp. 11-20.

réponse à des menaces stratégiques indirectes portant sur certains aspects sensibles de notre patrimoine collectif. Et celui qui concerne le *« potentiel scientifique et économique »* vise directement les agissements que nous pouvons qualifier d'espionnage économique ou d'espionnage industriel.

C'est ce qu'a semblé indiquer le Garde des Sceaux lorsqu'il présenta le texte devant le Sénat :

> *« Force est de constater que les menaces pesant aujourd'hui sur notre nation ne sont plus exclusivement militaires. C'est dans une guerre économique que se trouve constamment engagée la France, guerre qui met en jeu, chaque jour, son rang dans le monde. (...) Afin de tirer les conséquences de ces évolutions, le nouveau Code pénal étend le champ de la répression. Il substitue aux notions de sûreté de l'État et de défense nationale, autour desquelles s'organisent les dispositions du Code actuel, la notion plus large d'intérêts fondamentaux de la nation. »* [8]

Ce faisant, le législateur a finalement poussé à son terme une construction juridique et intellectuelle qu'il avait déjà entamée, timidement et dans des cadres très circonscrits, avec l'article 80.3° de l'ancien code pénal qui invoquait conjointement *« la situation militaire ou diplomatique de la France ou (de) ses intérêts économiques essentiels »*, puis avec la loi du 16 juillet 1980 qui interdisait à quiconque de transmettre à une autorité étrangère des informations

> *« dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin »* [9]

et, enfin, avec la loi du 10 juillet 1991 (relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications) dont l'article 3 cite parmi les motifs susceptibles de justifier des interceptions de sécurité *« la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France »*.

### Les infractions protégeant les intérêts fondamentaux de la nation

Autour de cette définition des intérêts fondamentaux de la nation, le législateur a organisé un ensemble d'infractions qui reprennent, adaptent ou complètent des incriminations pénales déjà visées par l'ordonnance de 1960.

#### *Une définition élargie des bénéficiaires des infractions*

Avant de les détailler, il faut souligner que la plupart d'entre elles comportent une mention dont la rédaction a été renouvelée et étendue par rapport à ce que l'on trouvait dans le Code pénal précédent. Il s'agit

---

[8] Sénat, séance du 22 avril 1992, *Sénat Débats*, n° 24 S (CR) du 23 avril, pp. 768 et suivantes.

[9] Loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, *JORF*, 17 juillet 1980, p. 1799 (sur cette loi, cf. infra, chapitre 8).

de l'énumération décrivant les « destinataires » ou « commanditaires » éventuels des infractions en question : les articles du nouveau Code parlent fréquemment d'*« une puissance étrangère, une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger et leurs agents »* [10]. Dans le Code pénal modifié en 1960, il n'était généralement question que d'une *« puissance étrangère »* [11], ou de *« puissance ennemie »* (dans l'article 81.2° qui réprimait la violation en tant de guerre d'un embargo commercial contre l'ennemi). Le seul cas qui dérogeait à cette terminologie concernait la livraison d'*« inventions intéressant la défense nationale »* sanctionnée par l'article 77 lorsqu'elle s'effectuait à destination d'*« une puissance ou d'une entreprise étrangère »* (cf. supra, chapitre 5).

Cette extension de l'énumération est, sur le plan théorique, très importante. Elle élargit, en effet, la typologie des « cibles » de la loi pénale. Jusqu'alors, seuls les agissements en faveur des États étrangers pouvaient être clairement et indiscutablement sanctionnés (en dehors du cas spécifique de l'article 77). En effet, seul un État (ou un quasi-État du point de vue du droit international, c'est-à-dire – peut-être – un mouvement de libération nationale doté d'un commencement de pouvoir et de représentativité internationale) peut prétendre être une *« puissance étrangère »*. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Outre les États et quasi-États qui sont des *« puissances internationales »*, le nouveau Code pénal prétend appréhender les agissements de plusieurs autres types d'acteurs :

– les entreprises étrangères, c'est-à-dire les sociétés commerciales dont le siège est établi hors du territoire national;

– les entreprises sous contrôle étranger, c'est-à-dire les sociétés commerciales – y compris celles installées sur territoire national – dont les capitaux sont plus ou moins majoritairement d'origine étrangère [12];

– les organisations étrangères, c'est-à-dire les structures de toute sorte (groupes politiques, sociaux, religieux, sociétés secrètes, groupes d'influences, sociétés criminelles organisées,...) et de tout statut juridique, dont le siège est établi hors du territoire national;

– les organisations sous contrôle étranger, c'est-à-dire les structures de toute sorte (groupes politiques, sociaux, religieux, sociétés secrètes, groupes d'influences, sociétés criminelles organisées,...) et de tout statut juridique, qui sont dirigées plus ou moins directement par des intérêts ou des personnes étrangères, et ce, y compris si leur siège est situé sur le territoire national;

– les agents de ces différentes structures, à savoir n'importe quel individu, du moment qu'il est possible de prouver que celui-ci agissait dans le cadre de l'infraction commise pour le compte et sous le contrôle d'une de ces structures.

*Des infractions anciennes modernisées*

Toutes les infractions se référant désormais à la notion d'intérêts fondamentaux de la nation ne sont pas nouvelles. Un certain nombre

---

[10] Articles 411-1 à 411-10 nCP.

[11] Anciens articles 70.2° et 3°, 71.1° et 2°, 72, 74, 80.3°.

[12] Une incertitude peut ici s'introduire, suivant que l'on prend le terme « contrôle » au sens de contrôle majoritaire ou – simplement – de minorité de blocage. La jurisprudence devra trancher sur ce point délicat.

d'entre elles sont la reprise et l'adaptation d'infractions directement issues de la précédente rédaction du Code pénal et dont le législateur a simplement entendu moderniser la définition.

Les intelligences avec une puissance étrangère

Ces infractions anciennement réprimées par les articles 70.2°, 71.2° et 80.3°, sont désormais visées par les articles 411-4. et 411-5. qui prévoient respectivement que

> *« Le fait d'entretenir des intelligences avec une puissance étrangère, avec une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou avec leurs agents, en vue de susciter des hostilités ou des actes d'agression contre la France, est puni de trente ans de détention criminelle et de 3.000.000 F d'amende »* (art. 411-4 nCP),

et que

> *« Le fait d'entretenir des intelligences avec une puissance étrangère, avec une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou avec leurs agents, lorsqu'il est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1.000.000 F d'amende »* (art. 411-5 nCP).

Outre l'extension de ces infractions aux intelligences avec les entreprises ou organisations étrangères ou sous contrôle étranger et leurs agents (cf. supra), ces nouvelles rédactions comportent quelques innovations :

– concernant l'article 411-4 (qui ne concerne pas directement la protection du secret ou des informations sensibles), la seule véritable modification résulte dans l'allégement du quantum de la peine, qui passe de la détention criminelle à perpétuité à une peine de trente ans de détention criminelle et de 3.000.000 F d'amende. À cela s'ajoute le fait que l'article 71.2° qui visait les actes d'intelligence commis en temps de guerre n'a plus de successeur dans le nouveau Code, le législateur ayant décidé d'extraire du Code pénal toutes les dispositions relatives au temps de guerre pour les rassembler dans le livre III du Code de justice militaire consacré aux *« atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation en temps de guerre »* [13] ;

– concernant l'article 411-5 (qui remplace l'article 80.3°, si fréquemment utilisé dans des procédures concernant la répression d'actes d'espionnage), il faut aussi noter un affaiblissement des sanctions – qui passent de vingt ans de détention à dix ans et 1.000.000 F d'amende – qui « correctionnalise » cette infraction [14]. Mais il est plus important de souligner à quel point le fait de se référer à l'*« atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation »* élargit encore le champ d'application potentiel de cette incrimination qui, dans sa rédaction antérieure, ne pouvait jouer que lorsque étaient en jeu *« la situation militaire ou diplomatique de la France*

---

[13] Ministère de la Justice, circulaire *op. cit.*, p. 221.

[14] La conséquence de cette modification du barème des peines est la compétence du tribunal correctionnel pour juger de cette infraction qui devrait rester la plus fréquemment retenue en matière de contre-espionnage (si l'on en croit l'interprétation de la Chancellerie, circulaire *op. cit.*, p. 224).

*ou ses intérêts économiques essentiels* ». Désormais, l'article 411-9 permet aussi – par application de la définition donnée à l'article 410-1 – de sanctionner des intelligences concernant, par exemple, des agissements dangereux pour la collectivité dans les domaines de l'environnement, du potentiel scientifique national ou du patrimoine culturel national.

La pénétration clandestine dans des lieux intéressant la défense nationale

Deux articles du nouveau Code viennent assurer la protection « géographique » des secrets de défense et des zones sensibles : les articles 413-5 et 413-7.

L'article 413-5 dispose que

*« Le fait, sans autorisation des autorités compétentes, de s'introduire frauduleusement sur un terrain, dans une construction ou dans un engin ou appareil quelconque affecté à l'autorité militaire ou placé sous son contrôle est puni d'un an d'emprisonnement et de 1.000.000 F d'amende »* (art. 413-5 nCP).

Cet article remplace, avec une rédaction très allégée, l'ancien article 79 concernant l'introduction dans un local ou un engin militaire. Le principal changement est dans le quantum de la peine, qui passe de vingt années de détention (peine jamais appliquée en raison de son excès de sévérité) à un an et 1 million de francs d'amende.

L'article 413-7 s'est substitué, pour sa part, à l'ancien article 418-1, et prévoit que

*« Est puni de six mois d'emprisonnement et de 50000 F d'amende le fait, dans les services, établissements ou entreprises, publics ou privés, intéressant la défense nationale, de s'introduire, sans autorisation, à l'intérieur des locaux et terrains clos dans lesquels la libre circulation est interdite et qui sont délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications »* (art. 413-7 nCP).

Cet article a été adapté sur un point mineur : désormais les zones protégées en question peuvent être instituées à titre temporaire alors que précédemment il s'agissait seulement de *« locaux et terrains clos dans lesquels la libre circulation est constamment interdite »*. En revanche, il continue de ne concerner que les zones établies dans des établissements ou entreprises *« intéressant la défense nationale »*, ce qui empêche d'installer des zones protégées dans des sites sensibles n'étant pas liés à la défense nationale, mais pouvant être sensibles au titre d'autres *« intérêts fondamentaux de la nation »* [15]. Il y a là une restriction qui est d'autant moins cohérente avec l'élargissement introduit par le concept d'*« intérêts fondamentaux de la nation »*, que le même Code a procédé à une telle extension hors du champ de la défense nationale pour l'infraction de *« sabotage »* prévue par l'article 411-9 nCP (cf. infra).

[15] On peut penser, par exemple, à une centrale nucléaire, site civil mais qui devrait être surveillé et protégé au titre de l'intérêt fondamental de la nation de l'*« équilibre du milieu naturel »*.

Il a également été complété (ainsi que l'était précédemment l'article 418-1) par des dispositions réglementaires intégrées dans la partie réglementaire du Code : articles R. 413-1 à R. 413-5 (cf. infra).

La livraison d'information à une puissance étrangère

Le nouvel article 411-6 – qui se substitue à la fois aux anciens articles 72.1° et 77 – prévoit que

> *« Le fait de livrer ou de rendre accessibles à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de quinze ans de détention criminelle et de 1.500.000 F d'amende ».* (art. 411-6 nCP)

Avec cet article, nous nous trouvons devant l'une des modifications majeures du dispositif pénal réprimant l'espionnage et la trahison. Et ce pour deux raisons :

– tout d'abord, la nouvelle rédaction élargit considérablement le champ d'intervention de l'infraction au-delà du seul domaine de la défense nationale : alors que l'article 77 ne visait que les *« inventions intéressant la défense nationale »* et leurs éléments annexes et l'article 72.1° ce *« qui doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale »*, l'article 411-6 permet de réprimer la livraison à l'étranger de tout élément d'information dès lors que les conséquences de cette livraison sont susceptibles de porter atteinte à l'un des intérêts fondamentaux de la nation;

– ce faisant, l'article 411-6 s'extrait totalement du dispositif de protection du secret auquel appartenaient, directement l'article 72.1°, et indirectement l'article 77 (sur l'interprétation restrictive de cet article, limité aux seuls brevets mis au secret, cf. infra, chapitre 8). Désormais, l'infraction est constituée alors même qu'aucune information classifiée n'a été transmise.

Ainsi, l'article 411-6 crée en théorie – à côté de la violation du secret de défense – un second niveau de protection pour des informations sensibles du point de vue des *« intérêts fondamentaux de la nation »* sans pour autant qu'elles soient nécessairement déjà protégées par le secret de défense. Deux cas d'application de cet article peuvent donc être envisagés :

– son application pour sanctionner la livraison d'informations intéressant les *« intérêts fondamentaux de la nation »* mais non couvertes par le secret de défense [16] : il leur apporte alors une protection pénale jusqu'alors pratiquement inexistante (sauf par le biais indirect de l'article 80.3°, qui pouvait être appliqué même en l'absence d'informations classifiées);

– son application pour sanctionner la livraison d'informations couvertes, par ailleurs, par une mention de classification, dès lors que cela est effectué au profit d'étrangers; cela entraînera alors un cumul d'infractions

[16] Ces informations pourraient correspondre à celles que les autorités américaines avaient tenté d'identifier et de protéger au travers de la notion de *« sensitive but unclassified »* ou – par exemple – aux informations qui relèvent, en France, des mesures de protection du *« patrimoine scientifique et technique national »* (sur cette notion, cf. infra, chapitre 8).

dans lequel l'article 411-6 – plus lourdement sanctionné que les articles 413-10 et 413-11 – permettra d'aggraver fortement la peine.

Cet article 411-6 est complété par l'article 411-7 qui permet d'en compléter l'efficacité et dispose que

> *« Le fait de recueillir ou de rassembler, en vue de les livrer à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents, des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1.000.000 F d'amende »* (art. 411-7 nCP).

Cet article remplit un double rôle :

– par rapport à l'article 411-6, il apporte un complément de protection, en permettant d'incriminer l'action d'un éventuel agent étranger avant même que la livraison ait lieu, et donc avant que le dommage pour les intérêts fondamentaux ne soit commis ;

– concurremment, il se substitue aussi à l'ancien article 74 (cf. supra) en permettant de sanctionner le simple fait de rassembler des éléments d'information non sensibles en eux-mêmes mais dont l'exploitation ou la réunion pourrait l'être [17].

Mais il faut noter que les peines sanctionnant cet article sont désormais des peines correctionnelles, alors que l'ancien article 74 était assorti d'une peine criminelle, ce qui a peut-être contribué à son insuccès.

*Des infractions nouvelles*

La lutte contre les « agents dormants »

À ce dispositif de protection avancée mis en place par l'article 411-7, le législateur a ajouté une disposition totalement nouvelle, celle de l'article 411-8 qui prévoit que

> *« Le fait d'exercer, pour le compte d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou de leurs agents, une activité ayant pour but l'obtention ou la livraison de dispositifs, renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1.000.000 F d'amende »* (art. 411-8 nCP).

L'objectif de cet article, qui complète à la fois les articles 411-6 et 411-7, est clair : au-delà du rassemblement d'informations préalables à leur livraison, ou même de l'entente entre plusieurs personnes avec commencement d'exécution (ce qui relèverait déjà de l'infraction d'*« asso-*

---

[17] Comme l'indique la Chancellerie dans son commentaire, cet article *« réprime ainsi, non seulement la recherche clandestine d'informations secrètes, mais également l'espionnage dit "ouvert" »* (Ministère de la justice, circulaire *op. cit.*, p. 225).

*ciation de malfaiteurs* » de l'article 450-1 nCP [18]), l'article 411-8 nCP doit permettre de sanctionner la simple activité d'« *agent dormant* » ou encore de « *taupe* » (terme utilisé par la Chancellerie), prépositionné sur le territoire national dans le but de s'assurer l'accès futur à des informations susceptibles d'intéresser l'étranger [19]. Mais on se rend compte aisément de la difficulté qu'il y aura à appliquer un tel article : comment, en effet, les services de contre-espionnage peuvent-ils, en l'absence de commencements d'exécution caractérisés (qui tomberaient, eux, sous le coup de l'article 411-7 nCP [20]), établir que la personne concernée exerçait son activité pour le compte d'une puissance ou organisation étrangère et dans le seul but de recueillir et livrer des informations sensibles ? En dehors de l'aveu circonstancié de l'agent lui-même, cela devrait s'avérer difficile à prouver.

À propos de cet article, il faut également signaler une anomalie – dont le sens nous échappe quelque peu – qui consiste en ce que l'énumération contenue dans cet article comporte le terme « *dispositif* », qui est absent de l'ensemble des autres articles du Code portant sur les mêmes sujets. Est-ce une erreur de rédaction ou a-t-on voulu ajouter une précision ? Et dans ce dernier cas, qu'apporte le terme « *dispositif* » dans une liste où figurent déjà « *objet* » (ce qui couvre les cas où le dispositif en question a une traduction matérielle) et « *procédé* » (ce qui couvre le cas où le dispositif consiste en un élément intellectuel, brevetable ou non) ?

Le sabotage portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation

L'article 411-9 nCP dispose que

« *Le fait de détruire, détériorer ou détourner tout document, matériel, construction, équipement, installation, appareil, dispositif technique ou système de traitement automatisé d'informations ou d'y apporter des malfaçons, lorsque ce fait est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de quinze ans de détention criminelle et de 1.500.000 F d'amende.*

*Lorsqu'il est commis dans le but de servir les intérêts d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou d'une organisation étrangère ou sous contrôle étranger, le même fait est puni de vingt ans de détention criminelle et de 2.400.000 F d'amende* » (art. 411-9 nCP).

---

[18] L'infraction d'association de malfaiteurs prévue par l'article 450-1 nCP, paraît pouvoir s'appliquer d'elle-même au cas de tentative d'espionnage puisqu'elle se caractérise par la préparation « *d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis de dix ans d'emprisonnement* », ce qui est le cas pour les infractions définies aux articles 411-6 nCP et suivants.

[19] À partir du volume de messages codés enregistrés par ses services d'écoute (119.824 en 1984, cf. Jean Rochet, *Cinq ans à la tête de la DST 1967-1972 La mission impossible*, Plon, 1985), la DST estimait, il y a une quinzaine d'années, le nombre d'agents dormants implantés en France par des pays étrangers à environ une centaine (cf. Thierry Wolton, *Le KGB en France*, Grasset, 1986, p. 280).

[20] Un magistrat auditionné par la commission des lois de l'Assemblée lors des travaux préparatoires a reconnu que cet article 411-8 pouvait sembler redondant avec l'article 411-7 et qu'il serait sans doute difficile à appliquer (*Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique*, par M. François Colcombet, Tome I, *Assemblée nationale*, neuvième législature, séance du 26 septembre 1991, document n° 2244, p. 52).

Cet article reprend les éléments essentiels de l'ancien article 70.4° qui réprimait la destruction, la détérioration et les malfaçons *« en vue de nuire à la défense nationale »*. Mais l'article 411-9 présente une triple évolution :

– le critère pris en compte n'est plus celui de la nuisance à la défense nationale, mais bien celui de la nuisance aux intérêts fondamentaux de la nation : il y a donc un élargissement considérable du champ potentiel d'intervention de cet article [21], du fait de la rupture du lien nécessaire avec la défense nationale;

– alors que l'article 70.4° impliquait nécessairement une intention de nuire, le premier alinéa de l'article 411-9 ne comporte pas un tel élément intentionnel : il semble que le législateur a estimé que son élément moral résultait suffisamment du fait même de *« détruire, détériorer ou détourner »*, sans qu'il soit besoin d'apporter plus de preuve que cela de la volonté malveillante de l'auteur du sabotage. En revanche, dès lors que la volonté d'agir au profit d'une puissance étrangère peut être prouvée, cela vaut circonstances aggravantes et augmentation des peines encourues au second alinéa;

– enfin, l'énumération des objets du sabotage est plus complète que celle existant dans l'article 70.4° : elle comporte principalement, une mention spécifique supplémentaire concernant les *« systèmes de traitement automatisé d'informations »*, qui permet de sanctionner plus sévèrement les fraudes et sabotages informatiques ou télématiques (déjà réprimés par les articles 323-1 à 323-7 du nouveau Code, reprenant et adaptant les anciennes dispositions de la loi dite « loi Godfrain » du 5 janvier 1988) dès lors que ceux-ci touchent un système « sensible ».

La fourniture de fausses informations

L'article 411-10 nCP dispose que

*« Le fait de fournir, en vue de servir les intérêts d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou d'une organisation étrangère ou sous contrôle étranger, aux autorités civiles ou militaires de la France des informations fausses de nature à les induire en erreur et à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700.000 F d'amende »* (art. 411-10 nCP).

Cet article constitue une nouveauté dans l'arsenal juridique français, puisqu'il vise à réprimer des agissements communément appelés *« désinformation »* dont plusieurs affaires en Europe et aux États-Unis ont fait apprécier le danger [22]. Il s'agissait, notamment, de l'une de ces nouvelles infractions dont la DST désirait la consécration législative dès 1985. Mais là encore, l'avenir dira si cette infraction peut être réellement utilisée pour contrecarrer des manœuvres dont le propre est de dissimuler soigneusement ses intentions et de n'utiliser que les canaux apparemment inoffensifs des médias et de la société d'information. Il devrait donc être difficile

[21] Une atteinte à l'intégrité d'une centrale nucléaire, ou d'un monument historique ou le sabotage d'un centre de recherche civil pourrait donner lieu à l'infraction prévue à l'article 411-9.

[22] Cf. notamment Richard H. Shultz et Roy Godson, *Dezinformatsia*, Pergamon-Brassey's, édition française : éditions Anthropos, 1985.

d'apporter à un juge pénal des éléments de preuve suffisants pour qu'il poursuive sur ce fondement, sauf à ce qu'une interprétation extensive de ce texte ne prévale, ce qui serait – alors – dangereux pour les libertés publiques et notamment la liberté d'expression et de communication (sur les risques d'abus, cf. infra, III[e] partie) [23].

Mais, concurremment avec la définition des intérêts fondamentaux de la nation et des infractions qui en assurent la protection, le nouveau Code pénal a redéfini et resitué la notion de secret de la défense nationale, qui était devenue depuis 1939 le centre de tout le dispositif pénal de contre-espionnage.

## UNE NOUVELLE DÉFINITION DU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

Dans ce cadre élargi de la protection des *« intérêts fondamentaux de la nation »*, la notion de *« secret de la défense nationale »* subsiste mais connaît une évolution juridique importante. En réaction à l'absence de définition voulue dans l'ordonnance de 1960, le nouveau Code pénal propose désormais une définition formelle du secret de défense, qui ne fait que consacrer la compétence administrative traditionnelle en matière de détermination du secret. Mais on constate également un resserrement du dispositif de protection du secret de défense autour de quelques infractions spécifiques, distinctes (mais complémentaires) de celles qui protègent les intérêts fondamentaux de la nation. Pour la première fois depuis 1939, la répression de l'espionnage n'est donc plus essentiellement liée à la seule protection du secret de défense.

### La définition du secret de défense par l'article 413-9 nCP

La section consacrée aux atteintes au secret de la défense nationale (qui n'est désormais que la seconde section d'un chapitre III, intitulé *« Des autres atteintes à la défense nationale »*, ce qui constitue, déjà, le symbole d'un renversement de perspective, cf. infra) s'ouvre par un article 413-9 qui a pour fonction la définition du concept de *« secret de la défense nationale »*.

*Le critère formel des mesures de protection*

Le premier alinéa de l'article 413-9 nCP fixe le critère formel qui définit légalement le secret :

> *« Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section, les renseignements, procédés, objets, documents,*

---

[23] Interpellé à l'Assemblée sur ces risques, le ministre délégué à la justice a assuré que *« cela ne vise aucunement les journalistes, la commission de révision l'a expressément rappelé lors de sa séance du 13 octobre 1989 et la rédaction de l'article est très claire à ce sujet (...) l'article 411-10 ne s'applique (donc) pas à l'information destinée au public – que ce soit par voie de presse ou par lettre confidentielle – même si les organes dirigeants de l'État en ont par ailleurs eu connaissance »*. L'exclusion de l'application de cet article au cas des lettres confidentielles est pourtant contradictoire avec le fait que le seul agent d'influence condamné en France en 1980 – sous le couvert de l'art. 80.3° – pour des actes relevant de la désinformation, Pierre-Charles Pathé, utilisait précisément ce vecteur de communication.

*données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion ».*

Deux conclusions complémentaires doivent être tirées de la lecture de ce premier alinéa de l'article 413-9 nCP :

– seuls les *« renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers »* qui intéressent la défense nationale peuvent être considérés comme constituant des secrets de défense. Cette disposition renvoie donc au contenu même de la défense nationale, telle qu'elle a été définie par l'ordonnance du 7 janvier 1959. Indiscutablement, cette notion a vocation à dépasser le seul domaine de la défense militaire, mais il importe de savoir désormais jusqu'à quelle limite on peut considérer que la défense couvre le nouveau domaine des *« intérêts fondamentaux de la nation »*. Certes, un parlementaire intervenant à l'Assemblée lors du débat sur le texte a formulé un raccourci intéressant : *« la défense nationale, c'est bien la défense des intérêts fondamentaux de la nation ? Le rapporteur me donne raison sur ce point. »* [24]

Mais cette affirmation paraît largement démentie par l'analyse détaillée du contenu de l'article 410-1 : s'il est indiscutable que la défense nationale s'intègre tout entière dans le cadre des *« intérêts fondamentaux de la nation »*, il est clair que cette notion déborde largement celle de défense nationale, tant dans son principe énoncé par l'ordonnance de 1959, que dans sa mise en application depuis cette date;

– seul ce qui a fait l'objet de mesures de protection particulières de la part de la puissance publique peut être considéré comme un secret de défense [25]. *A contrario*, un objet ou une information ne faisant l'objet d'aucune mesure restrictive (notamment, une classification) ne peut, en aucun cas, être considéré comme un secret de défense au sens du Code pénal, ainsi que l'a explicitement confirmé le rapporteur de l'Assemblée nationale lors des débats parlementaires :

> *« n'est pas un secret de la défense nationale une information qui n'est pas classée comme telle. Il n'y a donc pas de secret de défense par nature; le critère formel prend le pas sur le critère matériel et la première tâche du juge sera de vérifier l'existence de la classification. »* [26]

Cette constatation est essentielle, car si elle consacre, conjointement avec l'alinéa 3 de cet article la compétence centrale des autorités administratives en matière de détermination et d'appréciation des secrets de défense (cf. infra), elle restreint simultanément la latitude de l'administration à déclarer secrète *a posteriori* n'importe quelle information non classifiée à l'époque de la commission de l'infraction supposée. La compétence discrétionnaire du pouvoir exécutif trouve donc là sa première limitation en la matière, et le juge hérite incontestablement d'un critère moins contestable pour former son intime conviction.

---

[24] Intervention de M. Bonnemaison, *Assemblée nationale*, Compte-rendu analytique officiel, 1re séance du 7 octobre 1991, p. 23.

[25] Ce n'était pas le cas sous l'emprise des textes précédents, comme nous l'avons déjà indiqué.

[26] *Rapport* Colcombet, Tome I, *op. cit.*, p. 79.

*Des précisions nouvelles sur les supports du secret*

À ces deux constatations, il convient d'ajouter une remarque qui concerne l'énumération des différents supports du secret. Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, l'ordonnance de 1960 avait renoncé à la liste très concrète de l'article 72.2° pour éradiquer toute trace de définition matérielle du secret. Le nouvel article 413-9 ne revient pas sur ce point. Il se contente de compléter l'énumération très globale de l'ordonnance de 1960 *(« renseignement, objet, document ou procédé »)* par deux termes :

– celui de *« fichiers »*, présent dès le texte initial du projet de loi, couvre certainement les fichiers informatisés, mais l'on peut penser que le législateur a voulu plus largement viser toutes les formes de fichiers, qu'ils soient manuels ou informatisés, afin d'être en harmonie avec la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui s'applique explicitement à ces deux formes de fichiers et contient, d'ailleurs, des dispositions spécifiques relatives aux fichiers couverts par le secret de défense (cf. infra);

– celui de *« données informatisées »* qui fut introduit à la faveur d'un amendement déposé par la commission des lois lors de la première lecture devant l'Assemblée.

Mis à part le fait que la mention des *« fichiers »* induit un recouvrement partiel, d'une part avec les *« données informatisées »* (car les fichiers informatiques sont déjà couverts par ce terme) et d'autre part avec les *« documents »* (qui couvrent les fichiers manuels), ces deux ajouts de 1992 ne modifient pas la philosophie de l'énumération des objets du secret telle qu'elle avait été conçue en 1960 : il ne s'agit pas d'indications sur le contenu et la nature du secret mais bien uniquement de précisions concernant son support physique, dans le but de mieux couvrir les aspects les plus modernes de la communication et du stockage d'information.

*L'appréciation du juge sur la pertinence des mesures de protection*

À l'alinéa 2 du même article 413-9 figure une seconde disposition qui va offrir au juge une nouvelle occasion de faire valoir son appréciation souveraine sur le caractère secret ou non d'un document ou d'une information :

> *« Peuvent faire l'objet de telles mesures, les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de défense nationale. »*

Ce second alinéa est fort important, car :

– il maintient en vigueur le concept de *« secret par extension »* en ce qui concerne les informations (ou autres supports) dont la divulgation *« pourrait conduire à la découverte d'un secret de défense nationale »* (anciens articles 75 et 76), qui ont droit, comme les secrets eux-mêmes, à des mesures de protection préventive (classification notamment). Il confirme ainsi la pratique antérieure de l'administration sur ce point (cf. infra);

– combiné avec le premier alinéa, il impose à l'administration de ne soumettre à des *« mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion »* que les informations (ou autres éléments supports du secret) présentant véritablement une nature secrète (ou permettant d'y conduire) et confie au juge le soin d'y veiller en effectuant un contrôle du bien-fondé des mesures de protection (cf. infra).

Les travaux parlementaires ont été sur ce point totalement explicites. L'exposé des motifs du projet de loi affirme clairement que *« les dispositions nouvelles précisent, en outre, le cadre juridique dans lequel doit s'exercer le pouvoir de l'administration de manière que le juge puisse exercer son contrôle sur la pertinence des mesures de protection adoptées. »* [27]

Et M. Sapin, ministre délégué à la justice, confirma en séance que *« ne peuvent faire l'objet de telles mesures que les éléments « dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de défense nationale ». En d'autres termes, le juge disposera de critères précis pour apprécier la pertinence des décisions de classement et ne pourra plus considérer comme secrètes des informations non classées. »* [28]

*La confirmation de la compétence administrative pour la détermination du secret*

Le troisième alinéa de l'article 413-9 nCP du nouveau Code pénal tire logiquement la conclusion de la reconnaissance légale des mesures de classification administrative par l'alinéa 1 en confiant à l'autorité réglementaire le soin d'organiser la classification des secrets et leur protection :

> *« Les niveaux de classification des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers présentant un caractère de secret de la défense nationale et les autorités chargées de définir les modalités selon lesquelles est organisée leur protection sont déterminés par décret en Conseil d'État ».*

Par la combinaison de ces différents alinéas, cet article reconnaît ainsi aux services gouvernementaux une double compétence : celle de définir les mesures de protection des secrets de défense et celle de décider du caractère secret d'un objet ou d'un renseignement par le simple fait de lui appliquer une de ces mesures de protection. En cela, il ne crée rien de révolutionnaire (car nous avons vu précédemment que telle était la pratique depuis longtemps) mais se contente de donner un fondement législatif incontestable à ce qui n'était, jusqu'alors, qu'une simple pratique administrative, tardivement confirmée par le décret du 12 mai 1981.

L'analyse du décret du 12 mai 1981 révélait bien déjà le souci qu'avait l'administration de pratiquer une politique de classification qui, en l'absence de tout lien juridique avec le texte pénal, prédéterminait

---

[27] Exposé des motifs du projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique, *Assemblée nationale*, seconde session ordinaire de 1990-1991, document n° 2083, 5 juin 1991, p. 8.

[28] *Assemblée nationale*, Compte-rendu analytique officiel, 2e séance du 7 octobre 1991, p. 16.

implicitement la qualification juridique des informations protégées. Dans son rapport, M. Colcombet a fait d'ailleurs remarquer fort justement que, dans la pratique, les articles 72, 74 et 75 de l'ancien Code *« apparaissent comme la traduction pénale du décret du 12 mai 1981. »* [29]

En définissant ainsi, pour la première fois, le secret de défense par le critère formel des mesures de protection et de classification décidées par l'administration, le nouveau Code pénal a donc reconnu officiellement la compétence du pouvoir exécutif en la matière, entérinant ainsi toute la pratique antérieure. C'est toute la cohérence qui existe entre le premier et le troisième alinéa de l'article 413-9 nCP.

Il faut néanmoins noter que la rédaction de cet alinéa a fait l'objet d'une forme inhabituelle de *« repentir »* de la part du Gouvernement et du Parlement, et ce sur un point qui – bien que secondaire – n'est pas sans signification. Dans sa première version, issue de la loi du 22 juillet 1992, le troisième alinéa de l'article 413-9 précisait, en effet que *« les niveaux de classification des renseignements,* (...) *et les modalités selon lesquelles est organisée leur protection sont déterminés par décret en Conseil d'État »*.

Ce faisant, le législateur obligeait le Gouvernement à publier officiellement les principes essentiels de son dispositif de protection, jusqu'alors prévus par l'instruction interministérielle n° 1300 du SGDN et d'autres instructions spécialisées, classées *« diffusion restreinte »* et – de ce fait – non publiées [30]. C'est ce qu'estima le Conseil d'État, saisi pour avis, qui constata que le décret du 12 mai 1981 ne précisait que les niveaux de classification sans rentrer dans les détails de leur protection et, de ce fait, ne répondait pas aux exigences nouvelles fixées par l'article 413-9 [31].

Pour éviter cette contrainte de publication et sauvegarder – ainsi – la confidentialité (pourtant toute relative, à en croire les articles et les ouvrages qui traitent du sujet) de l'organisation pratique de la protection du secret de défense, le Gouvernement proposa donc au Parlement de modifier les termes de l'article 413-9 à l'occasion du vote en décembre 1993 d'une loi pénale modificative [32].

Bon gré, mal gré, les parlementaires ont accepté de se prêter – non sans quelque ironie [33] – à cette rectification législative de dernière minute. L'article 9 de cette loi transforma donc la phrase : *« les modalités selon*

---

[29] Rapport Colcombet, *op. cit.*, p. 78.

[30] Cette non-publication de documents sur la protection du secret a souvent été critiquée, y compris au sein de la communauté des spécialistes du renseignement et de la sécurité. Ainsi, le général Pichot-Duclos écrivait que *« la protection de l'instruction interministérielle n° 486* (sur la protection du patrimoine national) *par la mention Diffusion restreinte est contre-productive : cet utile instrument doit circuler librement »* (Jean Pichot-Duclos, « L'intelligence économique : pour un modèle français », *Défense nationale*, janvier 1994, p. 79).

[31] Cf. le rapport sur le projet de loi relatif au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *Assemblée nationale*, dixième législature, n° 786, 2 décembre 1993, p. 65.

[32] Loi n° 94-89 du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JORF*, 2 février 1994, p. 1803.

[33] *« On vient de se rendre compte, paraît-il, que le Gouvernement et le Parlement étaient peut-être bien imprudents de prévoir qu'un décret allait décider des modalités d'organisation de la protection du secret de la défense nationale ! C'est exact ! S'il s'agit d'un secret de défense nationale, il n'est pas judicieux de publier au Journal Officiel un décret prévoyant les modalités prises pour le protéger »* (intervention de Michel Dreyfus-Schmidt, *JOR.*, Sénat, Débats, séance du 20 novembre 1993, p. 4557).

*lesquelles est organisée leur protection* » en la phrase suivante « *les autorités chargées de définir les modalités selon lesquelles est organisée leur protection* ».

Dans ces conditions, le décret du 12 mai 1981 (qui évoque, brièvement, la répartition des responsabilités au sein de l'administration entre les différents services) redevenait conforme aux intentions de la loi. C'est pourquoi, à la veille de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal (fixé au 1er mars 1994), le Gouvernement s'est contenté de prendre une disposition réglementaire provisoire établissant le lien entre l'article 413-9 nCP et le décret du 12 mai 1981 : L'article 16 du décret du 25 février 1994 (qui est venu compléter différents aspects de la partie réglementaire du Code pénal [34]) a inséré dans la partie réglementaire du nouveau Code pénal un article R. 413-6 nCP, qui disposait, en effet, que

> *« Pour l'application de l'article 413-9, les niveaux de classification des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers présentant un caractère de secret de la défense nationale ainsi que les autorités chargées de définir les modalités selon lesquelles est organisée leur protection sont déterminées par le décret n° 81-514 du 12 mai 1981 relatif à l'organisation de la protection des secrets et informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'État. »*

Le décret du 12 mai 1981 qui demeurait jusqu'alors sans lien juridique direct avec le Code pénal s'était donc vu ainsi reconnaître comme référence pour l'appréciation du caractère secret d'une information protégée. Quatre ans plus tard, ce décret ayant été abrogé et remplacé par le décret du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale [35] (cf. infra), il fallut à nouveau que l'article 10 de ce nouveau décret modifie l'article R. 413-6 nCP afin de substituer à la référence du décret du 12 mai 1981 celle du décret du 17 juillet 1998, désormais en vigueur.

Sans exagérer l'importance de cette péripétie législative, ce montage juridique artisanal et la volte-face qui en est à l'origine sont très révélateurs de la pratique administrative en matière de protection du secret de défense.

Ils confirment et renforcent la prééminence administrative sur l'organisation et la gestion de la protection du secret de défense. En refusant, en effet – après coup – de confier au règlement le soin d'organiser publiquement les modalités principales de cette protection, le Gouvernement a simplement cherché à pérenniser sa pratique traditionnelle selon laquelle, en matière de secret, *« qui dit règles écrites et explicites ne veut pas dire obligatoirement règles publiques. (...) le premier des secrets réside dans les modalités de l'exercice de ce secret. »* [36]

**Le resserrement du spectre des infractions relatives au secret de défense**

Une fois posée la définition du secret lui-même, par l'article 413-9 nCP, seuls deux articles de ce nouveau Code pénal organisent spécifique-

---

[34] Décret n° 94-167 du 25 février 1994 modifiant certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale, *JORF*, 26 février 1994, pp. 3197 et 3198.

[35] Décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale, *JORF*, 19 juillet 1998, p. 11118.

[36] A. Dewerpe, *Espion - Une anthropologie historique du secret d'État contemporain*, Gallimard, 1994, pp. 135 et 136.

ment sa protection : les articles 413-10 nCP et 413-11 nCP. Ils concernent, respectivement, la compromission du secret par son dépositaire ou par un tiers.

*Des éléments communs aux deux articles*

Comme précédemment dans les articles 75 et 76, l'infraction peut être constituée aussi bien par un acte clandestin (détourner, soustraire, détruire) que par un acte public (porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée). À ce niveau, en effet, le législateur veut sanctionner l'acte originel de celui qui entraîne la compromission. Dans cette optique, rendre public un secret, même sans le livrer à une puissance étrangère, constitue en soi un acte répréhensible.

On remarque cependant que, désormais il n'est plus indiqué que le dépositaire doit avoir agi *« sans intention de trahison ou d'espionnage »*. Mais cela ne veut pas signifier pour autant que cette intention est requise pour l'application de ces deux articles. Bien au contraire, cette omission vient souligner le fait que, désormais, le nouveau Code pénal ne considère plus aucune des infractions relatives au secret de défense comme pouvant être constitutive, à elle seule, d'espionnage ou de trahison. Ces qualifications sont, en effet, réservées par l'article 411-1 nCP aux seules infractions portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation au profit d'une puissance étrangère (cf. infra). Il n'est donc plus nécessaire, au sein des infractions relatives au secret de défense, de distinguer celles qui ne relèvent pas de la trahison ou de l'espionnage de celles qui en relèveraient.

Notons, aussi, le changement de formule entre les anciens articles qui – comme toutes les dispositions de l'ordonnance de 1960 – parlaient d'un renseignement *« qui doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale »* et des articles actuels qui visent directement un renseignement *« qui a un caractère de secret de la défense nationale »*. Derrière cette nuance de rédaction qui passe de la périphrase à l'affirmation objective, il y a – nous l'avons vu – toute l'évolution d'un secret indéfini qui n'existait que d'un point de vue *« finaliste »* vers un secret qui a désormais une existence formelle identifiable.

De même, ne sont plus mentionnées, à côté des informations secrètes, celles *« dont la connaissance pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale »*. La raison en est – très certainement – que ce type d'information correspond à la classification *« Confidentiel défense »* laquelle est depuis le décret du 12 mai 1981 partie intégrante du secret de défense. Or, ce n'était pas le cas en 1960 où le *« Confidentiel défense »* était encore considéré comme une mention de discrétion professionnelle (à l'instar du *« diffusion restreinte »*), ce qui rendait nécessaire la mention explicite de ce type d'information dans le champ d'intervention du Code pénal. Aujourd'hui, le concept de *« secret de la défense nationale »* étant rattaché par l'article 413-9 à la notion de classification, les informations *« Confidentiel défense »* bénéficient de la même protection pénale que celle des niveaux supérieurs.

On peut signaler enfin l'ajout, dans la description de l'élément matériel des deux infractions, de deux nouveaux verbes : *« détourner »* et

*« reproduire »*, qui désignent des formes d'appropriation liées à l'utilisation des nouveaux moyens de traitement de l'information.

*La compromission du secret de défense par son dépositaire*

L'article 413-10 nCP s'est substitué à l'ancien article 75 qui sanctionnait *« tout gardien, tout dépositaire »* qui compromettait un secret *« sans intention de trahison ou d'espionnage »*. Désormais, le premier alinéa de l'article 413-10 nCP punit la compromission volontaire d'un secret de défense par son dépositaire :

> *« Est puni de sept années d'emprisonnement et de 7.000.000 F d'amende le fait, par toute personne dépositaire, soit par état soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente, d'un renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier qui a un caractère de secret de la défense nationale, soit de le détruire, détourner, soustraire ou de le reproduire, soit de le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée. »*

Cette disposition précise, par rapport à l'ancien article 75, la *« mission temporaire ou permanente »*, ce qui vise plus explicitement les collaborateurs extérieurs et occasionnels de l'État, qui deviennent dépositaires de secrets (par exemple, le cocontractant de l'État dans un marché public).

Enfin, il faut remarquer que le nouveau texte correctionnalise l'infraction en réduisant la peine à sept années d'emprisonnement (contre dix à vingt de détention). Il faut, semble-t-il y voir le souci de faciliter à la justice l'usage de cette incrimination, que son caractère criminel rendait inopérante [37].

Comme dans l'ancien article 75, la compromission passive est punie de la même manière que celle par action et – à l'inverse – la compromission involontaire constitue une circonstance atténuante entraînant une réduction des peines encourues :

> *« Est puni des mêmes peines le fait, par la personne dépositaire, d'avoir laissé détruire, détourner, soustraire, reproduire ou divulguer le renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier visé à l'alinéa précédent.*
>
> *Lorsque la personne dépositaire a agi par imprudence ou négligence, l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende. »*

*La compromission du secret de défense par un tiers*

L'article 413-11 nCP est le pendant logique de l'article 413-10 nCP, comme l'ancien article 76 – auquel il se substitue – l'était de l'article 75.

---

[37] Le général Eyraud faisait remarquer que *« le Code pénal prévoit des peines trop lourdes, en général 5 à 10 ans de détention, que le pouvoir politique a jugé inapplicables dans la plupart des cas. Et, depuis 10 ou 15 ans, on a surtout vu un grand laxisme des gouvernements en la matière, qui est un fait et qui rend, aujourd'hui, difficile l'application réelle du Code »* (Henri Eyraud, « Information ouverte et problème du secret » in *Geostratégie de l'information*, FEDN, 1987, p. 95).

Il s'agit du cas de la compromission d'un secret par une personne qui n'en est pas le dépositaire, et qui se trouve donc dans la position d'un tiers. Désormais :

> *« Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 F d'amende le fait, par toute personne non visée à l'article 413-10 de :*
>
> *1° S'assurer la possession d'un renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier qui présente le caractère d'un secret de la défense nationale ;*
>
> *2° Détruire, soustraire ou reproduire, de quelque manière que ce soit, un tel renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier;*
>
> *3° Porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée un tel renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier. »*

Mises à part les modifications à caractère général qui ont été décrites plus haut comme étant communes avec celles de l'article 413-10, cet article demeure très proche de l'ancien article 76. Seuls deux éléments diffèrent :

– ni la compromission passive (à savoir : laisser détruire, laisser soustraire, laisser rendre public,...) ni la négligence ne sont incriminées ici;

– l'article 76.3° sanctionnait le fait d'étendre la divulgation d'un secret, ce qui n'a pas été repris, sans doute en raison du caractère imprécis de cette notion qui la rendait difficile à évaluer et à mettre en œuvre sans arbitraire. La conséquence en est que, désormais, ne peuvent plus être poursuivis les journalistes qui ont repris une information d'origine secrète déjà publiée une première fois, alors que cela était possible précédemment [38].

L'analyse des infractions relatives à la violation du secret de défense dans le nouveau Code pénal illustre bien le cantonnement juridique qui marque désormais cette notion. D'une part, ces infractions ne sont plus – à elles seules – constitutives de trahison ou d'espionnage et, dans la pratique, ne seront véritablement utilisées de manière autonome que pour réprimer l'atteinte au secret de défense commis au profit des seuls français (car dès que le bénéficiaire de la compromission sera un étranger, il paraît évident qu'elle sera sanctionnée aux titres des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation). D'autre part, sur les quarante et un articles composant le titre Ier du Livre IV, seuls trois (413-9, 413-10 et 413-11) concernent spécifiquement le secret de défense, auxquels peuvent s'ajouter cinq articles généraux (414-5, 414-6, 414-7, 414-8, et 414-9) qui leur appliquent – en même temps qu'à d'autres – quelques dispositions répressives ou procédurales particulières.

Désormais, le secret de défense n'est donc plus que l'un des éléments – parmi d'autres – qui composent le dispositif de protection des *« intérêts fondamentaux de la nation »*. De la position centrale qu'il occupait dans les réformes de 1939 et de 1960, le secret de défense se retrouve à la

---

[38] Pour cette interprétation de l'article 413-11, cf. F. Colcombet, *Assemblée nationale, op. cit.*, p. 81 et sur celle de l'ancien article 76.3°, cf. André Vitu, *Traité de droit criminel – Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, p. 60.

périphérie du système, subissant ainsi ce que nous avions appelé à l'époque un *« retournement copernicien... »* [39].

### Un secret de défense qui n'est plus au centre du dispositif juridique de contre-espionnage

L'atteinte au secret de défense n'est donc plus, dans la nouvelle architecture juridique du Livre IV du nouveau Code pénal, qu'une partie limitée des atteintes aux *« intérêts fondamentaux de la nation »*. Et ce repositionnement constitue, en réalité un véritable retournement conceptuel et la mise en œuvre d'une véritable subordination de la protection du secret de défense à celle – plus large et plus fortement réprimée – des intérêts fondamentaux de la nation :

– seules deux infractions concernent encore spécifiquement la violation du secret de défense (articles 413-10 et 413-11) et sont moins lourdement réprimées (5 et 7 ans) que les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation;

– nombreuses sont ces infractions protégeant les *« intérêts fondamentaux de la nation »* qui réprimaient précédemment des atteintes directes ou indirectes au secret de défense;

– enfin – et surtout – le nouveau Code pénal ne considère plus la violation des secrets de défense comme un acte de trahison ou d'espionnage en soi, réservant cette qualification aux seules atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation.

Du point de vue qui nous intéresse, il est possible d'analyser cette situation comme consacrant un retournement de la hiérarchie entre la protection du secret de défense et celle des *« quasi-secrets »*, c'est-à-dire des informations non strictement secrètes mais pouvant porter atteinte à des intérêts essentiels pour la sécurité de la collectivité. Désormais, la protection du secret de défense n'est plus le pivot central du dispositif juridique de défense de la sûreté de l'État, elle n'est plus qu'un aspect particulier, qu'un moyen satellite parmi d'autres de la protection des intérêts de la nation.

Reste à comprendre les causes de cette révolution *« copernicienne »*. Il faut d'abord invoquer le souhait des services de sécurité (notamment la DST et le SGDN) de disposer d'un arsenal pénal plus approprié à la réalité des menaces et des périls contemporains, qui se caractérisent de plus en plus par leur caractère indirect et non strictement militaires ou diplomatiques [40].

Mais, au-delà de cette requête des services opérationnels aux prises avec une réalité stratégique de plus en plus insaisissable, il faut sans doute voir dans ce retournement juridique effectué par le nouveau Code pénal le constat d'échec d'une certaine vision extensive de la défense nationale.

---

[39] Cf. Bertrand Warusfel, *Le secret de la défense nationale - Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, thèse, Université Paris V, 1994, p. 82.

[40] Pour une interprétation théorique de cette évolution stratégique, cf. Bertrand Warusfel et Patrick Folléa, « Contribution à une réflexion sur les stratégies indirectes », *Stratégique*, Fondation pour les Études de défense nationale, 1987, n° 4, pp. 39 et s.

Il y a toujours eu, en effet, une certaine convergence entre les définitions législatives de la défense et celles des infractions contre la sûreté de l'État (et notamment de la violation du secret de défense). Lorsque seule la dimension militaire de la défense était prise en compte, seuls les secrets militaires étaient préservés, puis un an après la loi de 1938 qui organisait l'économie et la société en temps de guerre, apparut – dans l'article 78 du Code pénal – l'énumération des *« secrets de la défense nationale »*. Vingt ans après, lorsque l'ordonnance du 7 janvier 1959 eut finalement renoncé à décrire en détail le contenu de la défense nationale [41], l'ordonnance du 4 juin 1960 réforma le Code pénal et fit disparaître l'énumération de l'article 78 pour y substituer la « non-définition » générique et *« finaliste »* des secrets de défense (cf. supra, chapitre 5).

Il était donc normal que l'évolution parallèle des fins (les objectifs et la politique de défense) et des moyens (modes et outils de protection, dont fait partie le secret de défense) se poursuive. Dans un système où les menaces et la défense restaient essentiellement de nature militaire ou diplomatique, le secret de défense – qui isole et protège spécifiquement des informations liées au dispositif gouvernemental – restait la principale préoccupation et les menaces indirectes connexes étaient traitées subsidiairement. Mais à l'inverse, la prise en compte du caractère dominant des menaces indirectes non militaires a amené le législateur à ne plus considérer le secret de défense que comme un instrument d'application limité au service de la mission beaucoup plus vaste de défense des intérêts fondamentaux de la nation.

Le fait que le nouveau concept pénal des intérêts fondamentaux de la nation remette en cause la conception extensive de la défense nationale, est tout simplement écrit dans sa définition même. Le texte de l'article 410-1 n'évoque, en effet, la défense qu'au travers de l'expression *« les moyens de sa défense et de sa diplomatie »*. Ce faisant, la loi pénale limite la notion de défense aux moyens de protection militaire du territoire et la traite en parallèle et sur un pied d'égalité avec des objectifs tels que l'indépendance, l'intégrité du territoire, la sécurité, la forme républicaine des institutions, la sauvegarde des populations, la protection de l'environnement, du potentiel scientifique et économique et du patrimoine culturel. Autrement dit, une large partie de ce qui pouvait être considéré comme couvert par la notion élargie de *« défense nationale »* est considérée, là, comme des intérêts de la nation distincts de ceux de la défense au sens strict. C'est, d'ailleurs, ce qu'a reconnu explicitement le Garde des Sceaux durant les débats parlementaires lorsqu'il affirma que le nouveau Code *« substitue aux notions de sûreté de l'État et de défense nationale, autour desquelles s'organisent les dispositions du Code actuel, la notion plus large d'intérêts fondamentaux de la nation »* [42].

Et un commentateur a pu écrire, à propos de ce texte, qu'*« il semble cependant ériger la défense en sous-ensemble, comme si elle pouvait ne pas porter sur l'ensemble des intérêts fondamentaux de la nation. (...) cette*

---

[41] Cf. Bernard Chantebout, *L'organisation générale de la Défense nationale en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale*, LGDJ, 1967, pp. 17-18.

[42] Sénat, séance du 22 avril 1992.

*ambiguïté est levée si l'on donne à l'expression « défense » ou « défense nationale » un sens plus restrictif, limité au domaine militaire et au complexe militaro-industriel »* [43].

Le « cantonnement » du secret de défense dans le nouveau Code pénal n'est donc qu'une conséquence du renversement conceptuel qui s'est opéré entre une *« défense nationale »*, qui n'a pas su s'imposer après sa redéfinition de 1959, et un concept plus global de *« sécurité »*, que le droit international et communautaire consacrent et auquel s'apparente implicitement la logique des *« intérêts fondamentaux de la nation »* [44].

[43] Marc Watin-Augouard, « Défense et réforme du Code pénal », *Droit et Défense*, juin 1993, n° 93/1, p. 29.

[44] Cf. B. Warusfel, « Les notions de défense et de sécurité en droit français », *op. cit.*